

## **cum/ex-Gestaltungen im Zusammenhang mit Erstattungsanträgen nach § 50d EStG im Ausland ansässiger Personen**

### **1. Allgemeines zum Erstattungsverfahren**

Das Erstattungsverfahren ist in § 50d Abs. 1 EStG als innerstaatliches Verfahren zur Steuerentlastung nach Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) bzw. EU-Richtlinien geregelt. Dabei handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren, bei dem der inländische Schuldner der Kapitalerträge ungeachtet der DBA-Ermäßigungen die im nationalen Recht vorgesehene Verpflichtung zur Einbehaltung, Anmeldung und Abführung der Steuerabzugsbeträge zu erfüllen hat und der ausländische Gläubiger dann seinen Entlastungsanspruch nach DBA bzw. EU-Richtlinien im Antragsverfahren beim BZSt-Referat St III 3 geltend machen kann. Die Anwendung des § 50d Abs. 1 EStG setzt die Erzielung von Kapitaleinkünften im Sinne des § 20 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 (hier: Buchst. a) EStG voraus und kommt nur in Betracht, wenn der Steuerabzug tatsächlich in gesetzlicher Höhe vorgenommen wurde.

### **2. Problem**

Dem BZSt liegen derzeit mehrere Anträge auf Erstattung deutscher Kapitalertragsteuer vor, bei denen der Verdacht besteht, dass durch Leerverkaufsgestaltungen über den Dividendenstichtag künstliche Dividenden („manufactured dividends“) erzeugt wurden, bei denen keine Kapitalertragsteuer an den deutschen Fiskus abgeführt wurde.

### **3. Rechtliche Würdigung**

Ein Erstattungsanspruch nach § 50d Absatz 1 Satz 2 EStG setzt unter anderem voraus, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Absatz 1 Satz 1 EStG erzielt wurden, bei denen Kapitalertragsteuer tatsächlich erhoben wurde.

#### **2.1 Mögliche Sachverhaltsvarianten**

Wenn ein Antragsteller in den Jahren vor 2012 Aktien über den Dividendenstichtag erworben hat, können dem grundsätzlich drei unterschiedliche Sachverhaltsvarianten zu Grunde liegen.

*(1) Der Verkäufer besaß die Aktien im Verkaufszeitpunkt (gedeckter Verkauf<sup>1</sup>).*

In diesem Fall erhielt die Bank des Verkäufers (V-Bank) vom Zentralverwahrer der Aktien (Clearstream Banking AG mit Sitz in Frankfurt) in einem ersten Schritt zunächst die „echte“ Netto-Dividenden, die von der ausschüttenden Aktiengesellschaft gezahlt wurde. In einem zweiten Schritt regulierte der Zentralverwahrer alle Aktienverkäufe, die über den Dividendenstichtag abgelaufen sind, d.h. er fordert von den Banken, die offene Verkaufspositionen haben, eine Zahlung in Höhe der Netto-Dividende an. Die V-Bank zahlte daher die ihr zunächst zugeflossene „echte“ Netto-Dividende nicht an den Verkäufer aus, sondern zahlte diese zurück an den Zentralverwahrer. Der Zentralverwahrer wiederum überwies die so eingezogenen Beträge an die Banken, die offene Kaufpositionen hatten. D.h. die K-Bank erhielt in diesem Regulierungsverfahren die „echte“ Netto-Dividende und zahlte sie an den Käufer aus und stellte eine Steuerbescheinigung aus. Der Käufer bezog in diesen Fällen die originär von der ausschüttenden AG stammende Dividende i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 1 EStG und keine Kompensationsleistung<sup>2</sup>. In diesem Fall lag eine Erhebung der Kapitalertragsteuer durch die ausschüttende Aktiengesellschaft vor.

*(2) Der Verkäufer besaß die Aktien im Verkaufszeitpunkt nicht (ungedekter Verkauf bzw. Leerverkauf) und wickelte den Verkauf über eine inländische Bank ab.*

Es floß keine „echte“ Dividende an die V-Bank. Die V-Bank wurde jedoch vom Zentralverwahrer aufgrund der offenen Verkaufsposition aufgefordert, eine Zahlung in Höhe der Netto-Dividende zu leisten. Die V-Bank wiederum zog diesen Betrag von dem Verkäufer ein. Diese Kompensationszahlung wurde über den Zentralverwahrer an die Bank des Käufers weitergeleitet und von dieser ausgezahlt und eine Steuerbescheinigung erstellt.

Außerdem war die V-Bank als inländische Bank nach § 44 Absatz 1 Satz 3 EStG in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung dazu verpflichtet, auf die Kompensationszahlung Kapitalertragsteuer zu erheben, die sie dann an ihr örtlich zuständiges Finanzamt abzuführen hatte.

*(3) Der Verkäufer besaß die Aktien im Verkaufszeitpunkt nicht (ungedekter Verkauf bzw. Leerverkauf) und wickelte den Verkauf über eine ausländische Bank ab.*

Der Unterschied zu Variante (2) liegt nur darin, dass die ausländische V-Bank keine Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung erhoben hat, da sie nicht den Verpflichtungen

<sup>1</sup> Auf den gedeckten Leerverkauf, also auf den Fall, dass der Leerverkäufer sich die Aktien vor der Veräußerung im Rahmen einer Wertpapierleihe verschafft, wird hier nicht eingegangen, weil er sich nicht wesentlich von dem unter (1) beschriebenen Fall unterscheidet.

<sup>2</sup> so auch Hahne, DStR 2007, 605 (609); Bruns, DStR 2010, 2061 (2062) und DStZ 2011, 676 (678); Podewils, AG 2010, 391 (393) und FR 2011, 69 (70); a.A.: Desers, DStZ 2012, 142 (147)

aus dem deutschen Einkommensteuerrecht unterliegt. Dies führte im Ergebnis dazu, dass die Käufer-Bank, die die Umstände auf der Verkäufer-Seite nicht kannte, eine Steuerbescheinigung erstellt hat, obwohl keine Kapitalertragsteuer abgeführt wurde. Ein Erstattungsanspruch des Käufers besteht jedoch nur dann, wenn tatsächlich Kapitalertragsteuer erhoben wurde. Die von der inländischen Bank in Unkenntnis der Umstände erstellte Steuerbescheinigung ist daher falsch und nicht geeignet einen Erstattungsanspruch zu begründen.

## 2.2. Rechtliche Qualifizierung einer Kompensationszahlung / Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen

Rechtlich handelt es sich bei der von einem Leerverkäufer erbrachten Leistung nicht um eine „echte“ Dividende, sondern um eine Art Schadenersatz bzw. um eine Kompensationszahlung, weil er verpflichtet war, eine Aktie einschließlich Dividendenberechtigung zu liefern, tatsächlich aber nur eine Aktie ohne Dividendenberechtigung geliefert hat. Eine derartige Kompensationsleistung fällt unter den ab 2007 geltenden § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG und stellt keine „echte“ Dividende i. S. d. Satzes 1 des § 20 Absatz 1 Nummer 1 EStG dar.<sup>3</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass – anders als bei dem unter (1) beschriebenen gedeckten Verkauf – in diesem Fall die Leistung nicht von der ausschüttenden Aktiengesellschaft, sondern von dem Leerverkäufer also von einem Dritten erbracht wird.

Außerdem lässt sich dem Wortlaut des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG entnehmen, dass die Kompensationszahlungen nur kraft einer gesetzlichen Fiktion ähnlich wie Dividenden zu behandeln sind:

„Als sonstige Bezüge gelten auch Einnahmen, die anstelle der Bezüge im Sinne des Satzes 1 von einem anderen als dem Anteilseigner nach Absatz 5 bezogen werden, wenn die Aktien mit Dividendenberechtigung erworben, aber ohne Dividendenanspruch geliefert werden“.

Zum einen ergibt sich aus dem Wort „gelten“, dass es sich nur um eine gesetzliche Fiktion handelt. Zum anderen werden die Kompensationszahlungen nicht mit Gewinnanteilen also mit Dividenden gleichgestellt, sondern mit „sonstigen Bezügen“ i. S. d. Satzes 1.

Auch die Gesetzesbegründung des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG macht den wesentlichen Unterschied zwischen einer „echten“ Dividende und einer Kompensationszahlung deutlich:

„In der Sache handelt es sich nicht um die vom Emittenten gezahlte Dividende, sondern um eine Zahlung des Verkäufers zum Ausgleich dafür, dass er dem Erwerber neben der Aktie nicht auch den zwischenzeitlich entstandenen Anspruch auf Auszahlung der Dividende

<sup>3</sup> so auch Gesetzentwurf zur Einführung des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG: BT Drs. 16/2712 Seite 48.

vermittelt (Dividendenkompensation). Es geht nicht um einen sonstigen Bezug aus der Aktie selbst, sondern um eigenständige Einnahmen an Stelle der Dividende."

Wenn der Käufer aus einem Leerverkauf keine echte Dividende, sondern nur eine Kompensationszahlung erhält, dann kann es für die Frage, ob Kapitalertragsteuer abgeführt wurde, nicht maßgebend sein, ob die ausschüttende Aktiengesellschaft auf die „echte“ Dividende Kapitalertragsteuer einbehalten hat, sondern es kann einzig und allein darauf ankommen, ob bei der vom Leerverkäufer gezahlten Kompensationszahlung Kapitalertragsteuer abgeführt wurde.

Die Frage, ob ein Käufer bei einem Leerverkauf wirtschaftliches Eigentum an Aktien erwirbt, ist nicht entscheidend, weil allein maßgeblich ist, welche Rechtsnatur die Zahlung hat, die der Käufer erhält. Anders ausgedrückt: Aus der Zurechnungsnorm des § 20 Absatz 5 Satz 1 und 2 i. V. m. § 39 AO kann sich nur ergeben, wem bestimmte Einkünfte i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 zuzurechnen sind. Es kann sich aber nicht daraus ergeben, welche Rechtsnatur diese Einkünfte haben, also ob es Einkünfte nach Satz 1 (Gewinnanteile = Dividenden) oder nach Satz 3 (Kompensationsleistungen) sind.

Dies wird deutlich wenn man Folgendes betrachtet: Wenn aus irgendwelchen Gründen keine Kompensationszahlung vom Leerverkäufer eingezogen oder diese nicht weitergeleitet wird, z.B. weil die Bank des Leerverkäufers nach dem Leerverkauf zahlungsunfähig wird, dann fehlt es an einem tatsächlichen Zufluss. Es fallen beim Käufer keine steuerpflichtigen Einnahmen aus § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG an, obwohl unzweifelhaft Dividenden von der Aktiengesellschaft ausgeschüttet wurden.

### 2.3. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Leerverkäufen

Hilfsweise ist anzuführen, dass es bei einem Leerverkauf nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Käufer kommen kann.

#### *aa Rechtsprechung*

Der BFH hat in seinem Urteil vom 15. Dezember 1999<sup>4</sup> zum sog. „Dividenden-Stripping“ entschieden, dass nach § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO 1977 Wirtschaftsgüter unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigentums demjenigen zuzurechnen sind, der über sie die tatsächliche Herrschaft in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall und nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Bei Aktien erlange der Erwerber wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann. Dies sei in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit

<sup>4</sup> R 29/97, BStBl II 2000, 527

Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen seien.

Der BFH hält diese Voraussetzungen für erfüllt, wenn ein entsprechender Besitzmittlungsanspruch (§ 929 Satz 2 BGB) zu der girosammelverwahrenden Stelle (Clearstream Banking Frankfurt AG - CBF-) eingeräumt wird oder ein Besitzkonstitut (§ 930 BGB) vereinbart worden ist. Das Gericht betrachtet es daneben als ausreichend, dass dem Käufer nach den einschlägigen Börsen-usancen und den üblichen Abläufen, die mit den Anteilen verbundenen Gewinnansprüche regelmäßig nicht mehr entzogen werden können (vgl. §§ 25, 29 der Bedingungen für Geschäfte an den deutschen Wertpapierbörsen, WM 1984, 76 ff.). Dem Umstand, dass die entsprechende Umbuchung ggf. erst zwei Tage nach dem Vertragsabschluss vorgenommen worden sei, trete demgegenüber zurück und beeinflusse den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht. Da es für die Zuordnung eines Wirtschaftsgutes auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankäme, könne der Übergang des "wirtschaftlichen Eigentums" auch dann anzunehmen sein, wenn die erwähnten Voraussetzungen nicht in vollem Umfang gegeben seien.

Mit einem Urteil vom 20. November 2011 (I R 85/05)<sup>5</sup>, hat der BFH seine Entscheidung aus 1999 bestätigt.

Die Leerverkäufe unterscheiden sich jedoch grundlegend von den Sachverhalten der BFH-Entscheidungen, denn der Leerverkäufer besitzt - anders als die Verkäufer in den BFH-Fällen - zum entscheidenden Zeitpunkt (Zustandekommen des Kaufvertrags), die verkauften Aktien nicht. Bereits rein denklologisch kann nur derjenige wirtschaftliches Eigentum an einem Wirtschaftsgut verschaffen, der das (zivil-)rechtliche Eigentum oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum an diesem Wirtschaftsgut besitzt.

Dass sich die Entscheidungen des BFH nur auf Inhaberverkäufe bezieht und auf Leerverkäufe nicht anwendbar sein kann, ergibt sich auch aus den Urteilsgründen. In der Entscheidung vom 15. Dezember 1999 macht der BFH Ausführungen zur Verfügungsbefugnis, stellt aber dann entscheidend darauf ab, dass davon ausgegangen werden kann, dass "der Eigentümer auf Dauer von der Einwirkung auf das angebotene Objekt ausgeschlossen bleibt" (Rn. 43). Das ist auf Grund des Sperrvermerks beim Inhaberverkauf der Fall und das deckt sich auch mit dem Wortlaut des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO. Bei Leerverkäufen ist die Situation anders: Es gibt niemanden, der "von der Einwirkung auf die Aktien ausgeschlossen" werden könnte, denn Gegenstand des Leerverkaufs ist nur eine Anspruch darauf, dass der Veräußerer sich Aktien beschafft, die er dann zur Erfüllung seiner Verpflichtungen einsetzt.

---

<sup>5</sup> BFHE 223, 414

## bb. Literaturmeinungen

Nach in der Literatur vertretenen Meinungen, solle es für das wirtschaftliche Eigentum genügen, dass „ein Anspruch auf Dividendenkompensationszahlung dem unmittelbaren Gewinnbezug gleichzuachten“ sei.<sup>6</sup> Diese Sichtweise lässt sich aber nicht mehr mit dem Regelungsinhalt von § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO vereinbaren. Nach dieser Vorschrift liegt wirtschaftliches Eigentum vor, wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Bereits die o. a. BFH-Rechtsprechung hat die Grenzen einer (extensiven) richterlichen Auslegung des Wortlauts ausgeschöpft, denn ein wesentliches Merkmal einer Eigentümerstellung bei Aktien, nämlich das Stimmrecht in der Hauptversammlung, wird bei den Aktienkäufen über den Dividendenstichtag nicht mehr rechtzeitig zum Hauptversammlungstermin übertragen. Der BFH hat in seiner Rechtsprechung den Wesensgehalt der Aktie auf eine Dividendenberechtigung bzw. auf den Bezug der Dividende reduziert. In den Leerverkaufsfällen wird aber nicht einmal die Dividendenberechtigung übertragen, sondern nur ein Anspruch auf eine Kompensationszahlung eingeräumt. Die Dividendenberechtigung liegt in den Leerverkaufsfällen bei einem Dritten, von dem der Leerverkäufer erst nach dem Dividendenstichtag erwirbt. Der Käufer hat weder eine Vertragsbeziehung mit dem Dritten noch bestehen andere Einflussmöglichkeiten gegenüber dem Dritten als Eigentümer der Aktien. Es wäre daher nicht mehr mit den Grenzen einer Auslegung des § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO vereinbar, den Käufer aus einem Leerverkauf als wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien zu betrachten.<sup>7</sup> Vielmehr wird dem Käufer bei den Leerverkäufen nur ein Anspruch auf die Verschaffung von Aktien und einen Anspruch auf eine Kompensationszahlung eingeräumt. Für diese rechtliche Beurteilung sind auch etwaige sich aus dem Börsenrecht ergebende Ersatzrechte (z.B. aus Zwangsregulierung) irrelevant, wenn der Leerverkäufer seine oben erläuterten Verpflichtungen nicht erfüllt. Derartige Rechte können allenfalls die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass der Käufer aus einem Leerverkauf die geschuldete Kompensationszahlung erhält, sie können aber nicht wirtschaftliches Eigentum begründen.

Die in der Literatur<sup>8</sup> vertretene Auffassung, dass es bei Leerverkäufen zu einer Verdopplung oder gar Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums kommen würde, also dass im Extremfall die gleiche Aktie im wirtschaftlichen Eigentum von bis zu fünf verschiedenen

<sup>6</sup> Englisch, FR 2010, 1023 (1027).

<sup>7</sup> Auch die von Desens u. a. O. (151) vertretene These von der Verdopplung oder Vervielfältigung des wirtschaftlichen Eigentums ist aus dem genannten Grund abzulehnen. Ebenso ablehnend Bruns, DStZ 2011, 576 (680); hinsichtlich OTC-Geschäften: Rau, FR 2011, 366 (365).

<sup>8</sup> Desens, DStZ 2012, 142 (150).

Personen<sup>9</sup> stehen würde, ist abzulehnen<sup>10</sup>. Zum einen basiert sie auf der unzutreffenden Prämisse, dass eine Kompensationszahlung i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG mit einer „echten“ Dividende i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 1 EStG gleich gesetzt werden könne. Und zum anderen können - wie bereits dargelegt - bloße schuldrechtliche Ansprüche auf Verschaffung einer Aktie und einer Kompensationszahlung kein wirtschaftliches Eigentum i. S. d. § 39 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 AO begründen.

*cc. Gesetzesbegründung zu § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG*

Die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG ist nicht geeignet, um zu unterstellen, dass der Gesetzgeber selbst bei einem Leerverkauf von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ausgehen würde.<sup>11</sup> Diese unzutreffende Behauptung wird ausschließlich auf folgenden Satz der Gesetzesbegründung gestützt:

„Deshalb sind in diesem Fall [Bezug genommen wird auf den vorherigen Satz, in dem es um den „Sonderfall eines sogenannten Leerverkaufs“ geht] zusätzliche Regelungen notwendig, um dem Fiskus die Kapitalertragsteuer betragsmäßig zur Verfügung zu stellen, die dem Anrechnungsanspruch entspricht, der dem Aktienerwerber als wirtschaftlichem Eigentümer und Dividendenbezieher zusteht.“

Alle weiteren Passagen in der Gesetzesbegründung, die den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums erläutern, beziehen sich auf den unter der Variante 1 beschriebenen „Normalfall“ eines gedeckten Verkaufs bzw. des Inhaberverkaufs über den Dividendenstichtag. Dagegen wird an keiner weiteren Stelle der Käufer aus einem Leerverkauf als wirtschaftlicher Eigentümer bezeichnet.

Wie bereits oben dargestellt, wird an anderer Stelle der Gesetzesbegründung deutlich gemacht, dass der Käufer aus einem Leerverkauf keine Dividende und auch keinen sonstigen Bezug aus einer Aktie, sondern eine Kompensationszahlung erhält. Die Kompensationszahlung ist ein rechtliches aliud und wird lediglich durch eine gesetzliche Fiktion mit einem sonstigen Bezug aus einer Aktie gleichgestellt. Gleichwohl wird der Aktienerwerber in dem oben zitierten Satz der Gesetzesbegründung als „Dividendenbezieher“ bezeichnet. Daraus ergibt sich, dass die Gesetzesbegründung entweder in sich widersprüchlich ist oder dass der zitierte Satz von den Verfassern der Gesetzesbegründung schlecht formuliert wurde bzw. ein redaktionelles Versehen beim Begründungstext vorliegt.

Außerdem ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 20 Absatz 1 Nummer 1 Satz 4 EStG, dass die an den Aktienerwerber gezahlte Kompensationsleistung kein Gewinnanteil bzw. keine Dividende, sondern eine Leistung ist, die kraft einer gesetzlichen Fiktion mit einem

<sup>9</sup> Rau, FR 2011, 366 (369) erläutert den Extremfall zu dem die Theorie von der Vervielfältigung führen würde

<sup>10</sup> so auch Druns DSIZ 2012, 333 (334).

<sup>11</sup> a. A. Cesens, DSIZ 2012, 142 (150)

sonstigen Bezug i. S. d. Satzes 1 gleichgestellt wird. D.h. die Gesetzesbegründung wäre ohne eine Bereinigung ihres redaktionellen Fehlers nicht nur in sich widersprüchlich, sondern würde auch im Widerspruch zum klaren Gesetzestext stehen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Gesetzesbegründung im Wesentlichen nur zur subjektiv-teleologischen Auslegung einer Norm geeignet ist, also für die Ermittlung der Grundabsichten und Zwecke des Gesetzgebers relevant ist.<sup>12</sup> Dagegen hat sie bei der subjektiv-grammatischen Auslegung einer Norm nur geringe Bedeutung.<sup>13</sup> Jedenfalls besitzt ein klarer Wortlaut des Gesetzes Vorrang vor einer widersprüchlichen Erläuterung in einer Gesetzesbegründung.

#### 2.4 Schlussfolgerung

Bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag kann nur von einer erhobenen Kapitalertragsteuer ausgegangen werden, wenn der Leerverkäufer eine inländische Bank eingesetzt hat, die einen Abzug der Kapitalertragsteuer tatsächlich durchgeführt hat.

#### 2.5. Konsequenzen für die Prüfung durch das BZSt

Das BZSt hat das Recht und die Pflicht bei Aktienwerbungen über den Dividendenstichtag zu prüfen, ob dem jeweiligen Antragsverfahren Leerverkäufe zu Grunde lagen, die vom Leerverkäufer über eine ausländische Bank abgewickelt wurden und damit ohne Einbehalt der Kapitalertragsteuer erfolgt sind.

##### *aa. Anonyme Börsengeschäfte*

Auch bei reinen Börsengeschäften ist es grundsätzlich möglich zu ermitteln, ob dem Erwerbsvorgang ein Leerverkauf zu Grunde lag. Zwar erfolgt bei Börsengeschäften ein anonymes Zusammenführen (Matching) von zu einander passenden Kauf und Verkaufsaufträgen, so dass der Käufer und Verkäufer in der Regel keinen direkten Kontakt miteinander haben. Die Finanzverwaltung kann jedoch durch Auskunftersuchen gegenüber dem Börsenbetreiber grundsätzlich ermitteln, mit welcher Bank auf Käufer und Verkäuferseite das Matching herbeigeführt wurde. Wenn auf Käufer und / oder auf Verkäuferseite diverse Banken oder Broker dazwischen geschaltet werden, ist eine Sachverhaltsermittlung sehr aufwändig, weil an jede zwischengeschaltete Person ein Auskunftersuchen gerichtet werden muss, dies schließt aber nicht die grundsätzliche Möglichkeit zur Sachverhaltsermittlung aus.

<sup>12</sup> Dorndorf, Grundriß der Methodenlehre, Stand 2001/1, <http://www.e-dorndorf.de/index.php?subjektiv>

<sup>13</sup> Dorndorf a. a. O.



*bb. Außerbörslich angebahnte Börsengeschäfte*

Zudem besteht an den Börsen Eurex und Xetra, die Möglichkeit, außerbörslich vereinbarte Geschäfte über die Börse abzuwickeln.

**EUREX**

Bei der Eurex bedeutet das, dass die Käufer und Verkäufer eines Futures außerbörslich ein Geschäft vereinbaren, das von dem Käufer bzw. von dessen Broker in das Eurex-System eingegeben wird. Vom Eurex-System wird eine Transaktionsnummer zur Verfügung gestellt, die der Verkäufer verwenden muss, damit das Geschäft zustande kommt. Die Eurex tritt dabei zwar als zentraler Kontrahent gegenüber den beiden Parteien auf, angebahnt wurde das Geschäft jedoch außerbörslich und damit nicht anonym. Zur Erläuterung verweise ich auf 2.9.2 des Eurex @X-ceed Trading User Guides:

"The Eurex system supports the entry of off exchange trades ("Over The Counter" trades) for clearing purposes. OTC trades are subject to validations by the Eurex system. The procedure for regular OTC trade entry consists of two steps. First the buyer enters the details. After successful entry, he receives a transaction number from the system, which he communicates to the counterpart (seller). The seller has to retrieve the request using the transaction number he received from the buyer and approve the trade. OTC trades can be entered, modified, deleted and approved during the trading periods Trading, Fast Market, Closing Auction and Post-Trading Full. An entered OTC trade has to be approved by the counterpart within a time frame defined by Eurex (currently 30 minutes). If the time frame is expired, the buyer is able to reactivate the trade during the current business day. The system deletes all not approved OTC trades in the end-of-day batch. The mechanics of regular OTC trading are described in detail in 'Eurex Circular 012/02 Attachment 4'."

## XETRA

Nach Angaben von Xetra steht den Xetra-Teilnehmern eine OTC-Funktionalität zur Verfügung, mit der außerbörslich abgeschlossene Geschäfte zwecks Abwicklung in das Xetra-System eingetragen werden können. Diese Eintragung muss vom Counterpart, der vom eintragenden Member mit Xetra-Member-ID und Xetra-Trader-ID genau spezifiziert wird, bestätigt werden. Erst dann ist der OTC-Trade für die Abwicklung freigegeben. Siehe hierzu auch 4.3. des J-Trader User Manuals:

"The Open OTC Trading window offers an overview of off-exchange trades that have been entered by a trader or with the trader as counterpart in the Xetra Trading System. This includes trade report data associated with OTC trades. The Open OTC Trading window allows the user to enter open OTC trades with or without associated MiFID trade reporting information, displays information about trade requests, and allows for approval or deletion of open OTC trades. Open OTC trades have been negotiated outside of Xetra and are entered manually into the Xetra Trading System. They are visible only to the originator and the approving counterpart, and their respective senior traders. Open OTC trades are displayed as long as they are not approved by the trading counterpart or his respective senior trader. An 'A' in the column Action of the Open OTC Trades list box indicates that the OTC trade request was originated from another trader with the actual trader ID as counterpart and can be approved."

Es ist zu überprüfen, ob bei den Antragstellern derartige außerbörslich angebahnten Geschäfte abgeschlossen wurden.

Grundsätzlich kann eine Erstattung der Kapitalertragsteuer bezüglich der Aktiengeschäfte nur verhindert werden, wenn der Nachweis gelingt, dass

a) das Eigentum an den Aktien am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses nicht beim ausländischen Erwerber lag (§ 20 Abs. 5 S. 1 und 2 EStG)  
oder

b) die Aktien aus einem Leerverkauf erworben wurden, der über eine ausländische Bank abgewickelt wurde. Dann ist davon auszugehen, dass für diese Erträge i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG von der ausländischen Depotbank keine Kapitalertragsteuer erhoben und abgeführt wurde, weil diese bis zum 01.01.2012 nicht den deutschen Regelungen zur Erhebung der Kapitalertragsteuer unterliegt.

Im Auftrag

